PARECER.



SABEL MARIA esclaua que fue del Licenciado Iuan Perez de Tudela Presbytero, vezina desta Ciudad de Antequera, por su testamento, con cuya disposicion murio. Dixo, y declarò, que fue casada de primero matrimonio con Francisco de la Cruz, y que quando murio, no quedò hazienda, y que del dicho matrimonio vuieron vn hijo llamado Ioseph de la Cruz, que de presente es esclauo del dicho Licenciado Iuan Perez de Tudela. Y assimismo declarò, que casò segunda vez con Pedro Martin Bernal, y que a este matrimonio lleuò en dote 330. ducados, y el no lleuò capital. Y mandò, que el remaniente de sus bienes se ponga en administracion, y de sus reditos se consiga la libertad de su hijo, y si la consiguiere los herede, y no consiguiendola, se funde cierta Capellania en la forma que alli dispuso.

Pretende el dicho Licenciado Iuan Perez de Tudela; como dueño y señor del dicho Ioseph esclauo, que esta herencia luego pertenece al susodicho puramente, sin condicion, ni dilaciõ, por ser hijo legitimo de matrimonio de la testadora, y ha hecho, que la acepte en esta conformidad con su autoridad, y licencia, y con esto dize, que se le ha adquirido, como a tal dueño del dicho heredero, y pide la possession hereditaria. Pero el curador ad lites del dicho Ioseph, que es assimismo curador, o defensor de los dichos bienes, y herencia nombrado por la justicia lo contradize, y pretende, que se ha de guardar, y cumplir la disposicion de la dicha testadora.

Auiendo visto, y considerado la dicha dis- Nu.1.

 posi-

posicion, y presupuesta por cierta la relacion de ella. Y examinadas las pretensiones de las partes. Es mi parecer, que se ha de guardar, y cumplir lo dispuesto por la dicha Isabel Maria, como en el dicho testamento se contiene; y que el dicho Ioseph su hijo no la puede heredar hasta que sea libre, y nunca el dicho Licenciado Iuan Perez de Tudela su dueño, y se funda por los fundamentos siguientes.

Nu. 2. Y ante todas cosas se ha de considerar, porque titulo, o respeto ha de auer esta sucesion, y herencia el dicho Licenciado Iuan Perez de Tudela, o por su persona, o por la de su esclauo, o por las de ambos.

Nu. 3. Por su persona sola no puede ser, porque el dueño no tiene derecho en las sucesiones pertenecientes a el esclauo, sino es mediante la persona del esclauo, y por el, *vt in princip. & in §. item vobis, instit. per quas personas nobis acquir. l. 7. titul. 2. part. 4.*

Nu. 4. De donde nace, que es necessario, que el mismo esclauo acepte, y que puede resistirse de aceptar, aunque el dueño quiera lo contrario, y que el dueño no lo puede hazer sin el, *l. cum proponas 3. vers. Potuit enim, C. de hared. instit. gloss. verbo, Iussum, in §. alienus 4. instit. eodem tit.* Porque el esclauo es reputado por instrumento del dueño, *vt probat D. Pichard. in princ. inst. de stipul. seruorum, num. 6.*

Nu. 5. Y mayormente procede lo dicho en esta sucesion, que proviene [como por aquella parte se pretende] por derecho de sangre, y consanguinidad, y estas solo se halla en el esclauo, pero no en el dueño, qui ex se nullam cognationem habet cum matre serui; neque cum illo, vnde ex eo quod sit dominus ex sui persona non habet ius succendi cognatis serui, *vt docet gloss. verbo computabatur ad fin. in princip. instit. de ser-*

uili

uili cognat. & ibi additio margin, post gloss. quam ibi adducit in l. seruus, C. comm. de success.

Y porque esta sucession se pide, no confor- Nu. 6.
me al testamento, que es el caso en que los dueños adquieren, sino contra el, y en tal caso no toca al dueño, ex persona serui, como no le tocan las sucessiones abintestato de los consanguineos de su esclauo, *vt docet dicta gloss. in addit. ad princip. instit. de seruili cogn. verbo, comparabatur, & ibi etiam Ioann. Faber. num. 2.*

Por persona del dicho esclauo, menos pue- Nu. 7.
de adquirir esta herencia, porque no la adquiere el mismo esclauo, ni le pertenece hasta que se cumpla la condicion, o dilacion puesta por la testadora, y sea libre. Porque el dueño no adquiere sino lo que adquiere, y pertenece a su esclauo, iuxta supradicta, y esta herencia no pudo aceptarla, ni adquirirla con la aceptacion que hizo, por ser condicional, & hæreditas nondum delata, *l. is qui hæres 12. in princip. ff. de acquir. hæredit. l. delata hæreditas 151. ff. de v. s. vbi gloss. verbo, consequi, docet & probat, quod tali additione non consequitur hæreditatem quis per se, vel per alium, vt filium, vel seruum.*

Y que esta condicion, o dilacion, para quan- Nu. 8.
do sea libre, sea valida en este caso, es llano, porque aunque el dicho Ioseph esclauo es hijo de la testadora; pero es esclauo ageno, por serlo como lo es del dicho Licēciado Iuan Perez de Tudela; y assi le pudo la testadora poner la dicha condicion, o dilacion, como el derecho permite ponerla en las instituciones de los esclauos agenos, teniendo atencion a que el ser agenos sea respeto del dominio y possession de los testadores, por hallarse en poder de dichos dueños, y no a la proximidad de la sangre, o cognacion con ellos, en que no ay distincion en este caso; pues solo por ser en ageno poder, se pueden

den grauar en dicho modo, sin la dicha distincion, ni limitacion, *vt in l. seruus 21. ff. de condit. inst. l. in tempus 62. ff. hæred. instit. §. alienus quoque seruus, instit. eodem titul. & ibi D. Pichard. num. 7.*

Nu. 9. Y lo dicho corre con mas llaneza en este caso, por auer sido especial intento, prouidencia, y cautela de la madre disponerlo assi en fauor de su hijo, para que se le adquiera quando pueda gozar la dicha herencia, y antes no, porque no la adquiera el dicho su dueño, y el hijo se quede esclauo, y sin la hazienda, cuya disposicion assi manifiesta se deue guardar y cumplir, como en proprios terminos lo resuelue el dicho Padre Luis de Molina, *de iustitia, & iure, tom. 1. tract. 2. disput. 38. vers. Quartus si quid ei, &c.*

Nu. 10 Por persona de ambos esclauo, y señor auia de ser esta adquisicion, perteneciendo al esclauo, y aceptandola, y dando el señor la capacidad y licencia. Pero faltando lo primero, que es lo mas necessario, por no auer llegado el caso en que el esclauo suceda, iuxta supradicta, y faltando en el señor derecho proprio, cessa el de cada vno de los dos, y el de ambos.

Nu. 11. Agora entra la disputa, si por ser el dicho esclauo hijo de la testadora, ratione naturalis iuris sanguinis, & cognationis, y por ser hijo de matrimonio, ratione legitimitatis, quæ resultat ex matrimonio, es heredero forçoso de su madre, y no le pudo poner dilacion, ni condicion, y por el consiguiente pudo aceptar puramente, y adquirirla para el dicho su dueño. Y digo, que lo vno, ni lo otro no le aprouecha, ni obsta a lo referido, ex sequentibus.

Nu. 12 Lo primero, porque aunque el derecho de de la sangre, y cognacion son naturales, pero tienen efetos ciuiles, como son las tutelas, las sucessiones, la patria potestad, la suydad, y otros seme-

semejantes, y asi en estos dispuso el derecho ciuil contra los esclauos, atento a que la seruidumbre los hizo incapazes, y excluyò de todos los efetos del derecho ciuil, reputandolos por ningunos, y por muertos, *l. quod attinet 32. l. seruitutem 209. ff. de reg. iur. cum alijs multis.* Y asi este derecho que no pudo quitar la sangre, y consanguinidad, pudo, y quitò los efetos ciuiles de suceder por ella durante seruitute, *Princ. instit. de seruili cognat. vbi gloss. & omnes DD. l. 1. §. interdum, & §. filio qui mortis, ff. ad S. C. Tertyl. d. l. seruus 4. C. comm. de success. & ibi gloss. verbo seruus.* Y aun para que sucediessen despues de libres, fue necessaria especial constitucion del Emp. Iustiniano, *cuius meminit in d. princ. inst. de seruili cognat. vbi notat D. Pichard. n. 6. & Alfonsus Carrança in tract. de legitimo partu, c. 3. §. 3. num. 22.*

Y en estos terminos enseñan todos los DD. de la materia, que la cognacion entre esclauos, durante seruitute, no se atiende, ni produze los dichos efetos de sucesion, y otros referidos, *vt explicant Balduinus in d. princ. inst. de stipu. seruorn. n. 1. Borcholten, ibidem num. 1. & 2. Minsingerius, etiam ibi sub verbo seruiles cognationes, & D. Pichard. num. 6. & 9. & prosequitur Carrança vbi supra, nu. 25.* Y como los esclauos no son tutores, ni estan en tutela, ni tienen patria potestad, ni estan en ella, ni tienen derecho de suydad, ni otros semejantes, sin embargo del derecho natural de los parentescos, lo mismo es en las sucesiones, segun las dichas razones, fundamentos, y dotrinas. Nu. 13.

Lo segundo, en quanto a la legitimidad, y sucesion, que se pretende, por razō de ser auido de matrimonio el dicho esclauo, no ay fundamēto de derecho, porque aunque el Canonico dio autoridad a los matrimonios de los esclauos, *vt in tit. de coniugio seruorum in decretal. consonant leges Regiæ in tit. 5. part. 4.* Pero ni su disposicion, ni su Nu. 14.

su razon se estendio a otra cosa; porque como parece por las mismas decisiones, el derecho Canonico solo habilitò a los esclauos, en quanto a que puedan contraer matrimonio, por ser Sacramento, y ser ellos siendo Christianos capazes de los santos Sacramentos; y assi lo denotan aquellas palabras del *cap. 1. de coniugio seruorum. Neque liber neque seruus est à Sacramento Ecclesiæ remouendus, ita nec inter seruos matrimonia debent vllatenus prohiberi*. Por ser aquella diccion, *ita*, expositiua, & illatiua ex præcedentibus, effectum eorum, quæ in præcedentibus erant disposita inferens, & significans, non autem extensionem denotans, *vt cum Grato traddit Doctor Aug. Barbos. in tract. de dictionibus dictione 179. num. 6.* Y assi es lo mismo lo que contienen aquellas palabras, que si dixera q̃ se les conceden a los esclauos los matrimonios, porque son Sacramentos, y porque los esclauos Christianos, no tienen inconueniencia de contraerlos, pero no por esto han de tener los efetos ciuiles, y sucessiones, que suelen causar en los libres, porque milita diuersa razon. Pondero tambien aquellas palabras del dicho *cap. 1. de coniugio seruorum*, ibi: *Debita tamen, & consueta seruitia non minus debent proprijs dominis exhiberi*. Porque aquella diccion *tamen*, es restrictiua de la disposicion precedente, *ex tradd. à Barbosa, dict. 401. num. 1.* Y fue lo mismo que dezir, aunque se les permite a los esclauos casarse, quedan esclauos, y con todas las calidades de tales. *Et ita explicandus est D. Pichard. in d. print. inst. de seruili cognat. nu. 10. in illis Pontificum vero iure item, & Regio Hispanorum iam & legitimum inter seruos matrimonium contrahitur ab eorum tantummodo, non etiam à dominorum consensu, aut voluntate dependens, cap. 1. & seq. de coniug. seru. l. 1. tit. 2. & in toto tit. 5. part. 4. quamuis eo casu dominium indemne eorum dominis maneat vt dictis locis.* Lo qual no es dezir, que queda al señor derecho

recho de adquirir las sucesiones de los consanguineos de los esclauos, porq̃ se casan, ni tal cosa se puede inferir, sino que no perjudica al dominio, y poder del señor, y a los efetos de la dominica potestad, introduzidos por derecho, ni causa alguno mas en la condicion, y capacidad seruil de los esclauos, que lo que està dispuesto.

Deinde, el derecho Canonico no acostumbrò disponer en materias de sucessiones temporales, vt in simili probat P. Thom. Sanchez, *lib. 7. de impedim. matrim. disput. 50. nu. 8.* in illis. *At quoad successiones seruandam esse iuris ciuilis computationem cuius est de his disponere.* Y quando tocasse esto a la disposicion Canonica, no lo hizo en este caso, ni ay decision en todo su derecho, que tal sucessiō forçosa conceda al hijo esclauo, por ser nacido de matrimonio, y assi es caso omitido, y queda en la disposicion del derecho ciuil, que es la que està referida arriba, la qual quedò firme, y incorrecta, porque en duda no se ha de admitir correccion, donde no la ay, ni es necessaria, ni ay razon que a ello obligue; y porque en proprios terminos lo resuelue assi, Angelo Aretino, *in d. princip. inst. de seruili cognat. nu. 3.* Donde auiendo opuesto por argumento en contrario deste texto la dicha disposicion Canonica, que dà autoridad a los matrimonios de los esclauos, luego responde, y resuelue, que no obsta, ni corrige a lo dispuesto en aquel texto ciuil, ni se deue admitir tal correccion. Nu. 15.

Lo tercero parece, que se funda tambien esta resolucion por derecho Real, *in l. 10. tit. 22. part. 4.* in illis verbis: *Que sean libres,* iuncto ibi D. Gregor. Lopez, *in summario.* Donde para que los hijos del liberto puedan suceder a sus padres, exclusis patronis, es calidad y condicion, *que sean libres.* Luego sin esta calidad no son sucessibles, y serà heredero el patrono, porque la calidad requi- Nu. 16.

sita

sista en la disposicion, o ley se ha de obseruar, y cessando ella, cessa la disposicion, o la ley, *ex multis à Barbosa in tract. de axiomat. iuris, axiom. 196. nu. 7. Aluarez in eod. tract. liter. Q. nu. 16.* Y tambien parece que haze en fauor la ley 3. *ad fin. tit. 21. eadem part.* Donde los hijos sieruos [de que alli se trata] sucedē, y heredan a sus madres, por especial disposicion de aquella ley, porque les resiste el derecho ordinario, *vt probat & docet ibi D. Gregor. Lopez gloss. 5.*

Nu. 17. Lo quarto, haze tambien al proposito, q̃ en el Reyno de Portugal, donde por derecho municipal los hijos naturales, aunque sean auidos de esclauas tienen derechos de legitimos, y concurren con los que lo son a la sucession de sus padres, pero se excluyen siendo esclauos al tiempo de suceder, *vt tradunt Ant. de Gama, decis. Lusit. 86. & decis. 167. & decis. 312. P. Molina, d. tractat. 2. disput. 166. n. 14.* Ni hallo que en otro Reyno, Prouincia, o lugar se obserue cosa en contrario, ni decision donde se aya juzgado, ni Autores que tal refieran, porque aunque *Mensingerio, in d. prin. inst. de seruili cognat. nu. 4.* auiendo antes dicho, que tales cognaciones no se atiendē durante seruitute, como los demas Autores en aquel texto. Luego añade, *Hodie vero, & Pontificum, & nouellarum iure nuptiæ etiam inter seruos consistunt, quare & successiones consuetudo paulatim admisit.* Pero muda resolucion solo en quāto a los matrimonios de que trataua inmediatamente antes de aquellas palabras, sobre si los parentescos de los esclauos impedian los casamientos, como los de los libres, y assi continuo, que por derecho Pontificio, y de las nueuas Constituciones consistian ya los matrimonios entre esclauos, luego las palabras siguiētes. *Quare & successiones consuetudo paulatim admisit,* no explican que costumbre sea esta, en que forma, y donde se guarde, y si està legitimamente in

tro-

5

troduzida, o no, ni por donde se prueue, porque el Autor solo no basta a esto, y en todo rigor solo puede obligar a creer q̃ aya alguna costumbre en su tierra cerca de lo dicho, *vt probat Bobadilla in Polit. lib. 2. c. 7. n. 12.* Y bien se vee desta dotrina, q̃ quiso valerse de costumbre, por reconocer q̃ los derechos escritos eran en contrario. Y de qualquier modo no puede atẽderse en este caso, porq̃ ni en esta Ciudad, ni en este Reyno puede causar efeto la costumbre de otra parte, quia cõsuetudo cuiusque loci est attendenda, *ex trad. à D. Pichard. in princ. inst. de interd. artic. 1. n. 22.* & cõsuetudo vnius loci non cõcludit in alio, *ex trad. à D. Valenç. Velazquez cons. 8. ex n. 28. tom. 1.*

Lo quinto, de lo dicho resulta, que no ay ley ciuil, Canonica, ni Real, ni exemplar, decision, ni dotrina, que sea en fauor de la sucesion que pretende el dicho Licenc. Iuan Perez de Tudela, ni en fauor de su esclauo, hasta que sea libre. Y que todos estos derechos estan excluyendola, como està fundado arriba. Nu. 18.

Lo sexto, aunque tuuiera derecho de sucession forçosa el dicho esclauo, cessaua hasta que fuesse libre, por ser en su fauor la condicion, o dilacion, porq̃ las disposiciones del derecho, q̃ prohiben condiciones, dilaciones, y grauamenes en las legitimas de los hijos, proceden quando son en daño dellos, y essa es la razon genuina de las leyes, *vt in l. quoniam in prioribus, C. de inoff. testam. l. 17. tit. 1. l. 11. tit. 4. part. 6.* Y esta es el anima de la ley, su mente, y razon, *iuxta principia vulgaria.* Y cessando esta, por ser la condicion, o dilacion fauorable al mismo hijo, cessa la disposicion que la prohibe, *ex eisdem principijs.* Que cosa mas fauorable, que suspender esta sucession, hasta que el hijo pueda ser dueño de ella siendo libre? Que cosa mas dañosa, que darsele luego, para que quede sin ella, y esclauo, y el beneficio de hijo sea en Nu. 19.

 su da-

ſu daño, y en prouecho del dueño? Eſta es la limitacion nacida de las miſmas leyes, y de la razon dellas; y ſeguida por muchos Autores, *quos referũt Rodr. Suarez in d. l. quoniam in prioribus limitat. 1. & ibi Valdes in addit. in §. primo fallit, liter. A. Parlad, in ſeſquicent. diff. 123. §. 1. num. 12.* Y en el caſo de q̃ hablamos ſe apoya con el lugar del P. Molina citado en el *num. 9. ſupra.*

Nu. 20 De todo lo qual reſulta, que por todas partes ſe excluye el dicho intento, y que ſe ha de cũplir lo diſpueſto por dicha Iſabel Maria, poniendoſe eſtos bienes en adminiſtracion, haſta que el dicho Ioſeph ſea libre, en orden a lo qual ſe haga la diligencia poſsible, pagando muy bien al dicho Licenciado Iuan Perez de Tudela, no ſolo ſu valor, pero algun premio por el beneficio de libertarle, pero ſi todauia no la conſiguiere, y muriere eſclauo, ſe funde la Capellania, como la dicha teſtadora diſpuſo. Conforme a lo que tengo fundado, en que me parecio neceſſario dilatar eſte parecer, por tener noticia que ay otro en contrario, y ſatisfazer a todo. Saluo, &c.

Licenc. D. Franciſco de Merodio.